

WOJCIECH DADAK

RYZYSKO I NIEPEWNOŚĆ A ZACHOWANIA NARUSZAJĄCE ZASADY OBROTU GOSPODARCZEGO — ASPEKTY KRYMINOLOGICZNE

Podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym swą aktywność realizują w przestrzeni społecznej tworzącej rynek. Przedmiotowa, podmiotowa i funkcjonalna złożoność rynku powoduje, że jego uczestnicy zmuszeni są do podejmowania decyzji w nieustannie zmieniających się warunkach. Decyzje te są przedmiotem oceny nie tylko z punktu widzenia ich zasadniczego celu, jakim jest uzyskanie korzystnego wyniku wymiany. Podlegają one również ocenie na płaszczyźnie prawa karnego, gdy prowadzą do naruszenia zasad obrotu gospodarczego chronionych prawem karnym. Zatem konsekwencje decyzji podejmowanych w obrocie mogą być analizowane na płaszczyźnie ekonomicznej, prawnokarnej oraz kryminologicznej. Węzłowym zagadnieniem w obrębie tych płaszczyzn jest problematyka ryzyka związanego z działalnością gospodarczą.

Ryzyko będące cechą obiektywnej rzeczywistości nabiera znaczenia w płaszczyźnie indywidualnej z chwilą partycypacji podmiotu w działalności, której finał jest niepewny. Jest zatem wyrazem związku pomiędzy aktualnym zachowaniem a przyszłymi niepewnymi zdarzeniami, pozwalając „kolonizować” przyszłość poprzez formułowanie oczekiwań, co do przyszłej sytuacji podmiotu¹. Wszelka aktywność człowieka, w szczególności związana z uczestnictwem w obrocie gospodarczym, powszechnie traktowana jest jako ryzykowna. Wydawać by się mogło, że możliwość autonomicznego wyboru decyzji w obrocie wpływa na ograniczenie zakresu ryzyka. Tymczasem to właśnie w wyniku tej swobody powstaje wzajemna nieprzewidywalność zachowań uczestników obrotu, co w połączeniu ze zmiennością

¹ A. Giddens, *Nowoczesność i tożsamość*, Warszawa 2007, s. 161 i n.

pozostałych elementów sytuacji powoduje stałą obecność ryzyka w obrocie gospodarczym. Ryzyko jest uzależnione od warunków środowiska, determinowanych zjawiskami przyrodniczymi, procesami społeczno-ekonomicznymi, zachowaniem grup społecznych oraz poszczególnych jednostek.

Formułowane na gruncie prawa karnego określenia akcentują możliwość wystąpienia określonego skutku jako cechę ryzyka. Ryzyko bowiem, to związany z podejmowaniem decyzji o działaniu świadomie założony stopień niepewności co do powstania jej przewidywanych skutków². Według innego ujęcia immanentną cechą zachowania ryzykownego jest pewien (dający się zmierzyć lub oszacować) stopień niepewności co do rezultatu zachowania, tak w znaczeniu uzyskania zamierzonych korzyści, jak w znaczeniu wystąpienia niezamierzonych ujemnych skutków. Niepewność ta wynika z braku dostatecznej wiedzy o warunkach, w których występuje zachowanie ryzykowne³. Według Andrzeja Gaberle, ryzyko charakteryzuje się niepewnością co do ostatecznego rezultatu działania, która jest wynikiem nieznanomości wszystkich czynników mogących wpłynąć na przebieg czynności, a tym samym na ukształtowanie jej ostatecznego rezultatu⁴. W podobny sposób definiuje ryzyko Andrzej Zoll, według którego jest ono związane z obiektywną sytuacją, będącą rezultatem działania człowieka, charakteryzującą się niepewnością co do dalszego rozwoju w tym sensie, że przekształcić się może w zamierzony przez działającego skutek i dla niego korzystny, albo w skutek niezamierzony i dla niego niekorzystny⁵. Zdaniem Kazimierza Buchały zasadniczą cechą ryzyka jest pewien procent niepewności co do przyszłego stanu rzeczy, wiążący się z niepełną znajomością właściwości procesów, środków lub metod albo też dużą złożonością czynników wchodzących w grę, których różne działanie zależy od konkretnego układu warunków⁶. W przytoczonych określeniach ryzyko występuje jako cecha sytuacji, charakteryzująca się niepewnością. Obejmuje przy tym możliwość wystąpienia skutków korzystnych, jak i niekorzystnych.

Odmienne ryzyko postrzegane jest w płaszczyźnie ekonomicznej, gdzie wyraźnie rozróżnia się ryzyko od niepewności. Według tego podejścia ryzyko to rezygnacja ze stanu równowagi sytuacyjnej dla realizacji subiektywnie kształtowanych celów mogących stanowić szansę lub zagrożenie dla przed-

² F. Orłowicz, *Ryzyko gospodarcze a prawo karne*, „Nowe Prawo” 1968, z. 3, s. 347.

³ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 1997, s. 216.

⁴ A. Gaberle, *Jeszcze w sprawie karnoprawnego uregulowania ryzyka*, „Palestra” 1968, z. 3, s. 76.

⁵ *Kodeks karny. Część ogólna*, red. A. Zoll, Kraków 2007, s. 441.

⁶ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 276.

siębiorstwa. Motywem podjęcia działania w warunkach ryzyka jest przekonanie o przewadze szans nad ewentualnością niepowodzenia⁷. Antycypowane korzyści związane z realizacją decyzji gospodarczej stanowią motyw do jej podjęcia w warunkach ryzyka. Istotą ryzyka jest podejmowanie decyzji zmierzających do ekonomicznie korzystnego celu przy braku pewności jego wystąpienia. Sytuacje ryzyka stanowią jednak tylko jeden z rodzajów sytuacji, w których podejmowane są decyzje gospodarcze. Prócz nich wyróżnia się sytuacje pewności oraz niepewności⁸. Według Jana Zieleniewskiego decyzja jest podejmowana w warunkach pewności, gdy znane są istotne elementy sytuacji oraz zależności przyczynowo-skutkowe w niej zachodzące. W warunkach niepewności natomiast decyzja jest podejmowana wówczas, gdy nie są znane elementy sytuacji, ani prawdopodobieństwo ich wystąpienia oraz zależności przyczynowo-skutkowe występujące w jej obrębie. Zatem pewność i niepewność to stany skrajne. Od pełnej przewidywalności do pełnej nieprzewidywalności skutków działania. Inaczej przedstawia się sytuacja ryzyka, bowiem istnieje ono wówczas, gdy nie ma pewności, co do określonych elementów sytuacji, lecz znane jest prawdopodobieństwo ich wystąpienia i znane są zależności przyczynowo-skutkowe zachodzące między nimi⁹. Tak więc zarówno ryzyko, jak i niepewność mają wspólną cechę, którą jest brak pewności co do skutków podjętego działania. Różnią się natomiast tym, że cechą niepewności jest nieprzewidywalność skutków działania, a cechą ryzyka — ich przewidywalność. W konsekwencji ryzyko to stan, gdy nie można przewidzieć z całkowitą pewnością skutków wyboru danej możliwości, ale jest wystarczająco dużo informacji, aby określić prawdopodobieństwo osiągnięcia pożądanego wyniku¹⁰. Tak więc niepewność to nie dająca się oszacować możliwość osiągnięcia określonego rezultatu. Ryzyko natomiast, to dające się oszacować prawdopodobieństwo osiągnięcia rezultatu. Inaczej rzecz ujmując, ryzyko to mierzalna niepewność¹¹.

Z perspektywy ekonomicznej rozróżnia się dwa rodzaje ryzyka: ryzyko czyste oraz ryzyko spekulatywne (rys. 1). Podział ten pozwala opisać istotę ryzyka związanego z podejmowaniem decyzji gospodarczych, w szczególności uwzględnić cel, do którego zmierza podmiot. Czy jest nim obrona

⁷ J. Teczke, *Zarządzanie przedsięwzięciami zwiększonego ryzyka*, Kraków 1996, s. 19.

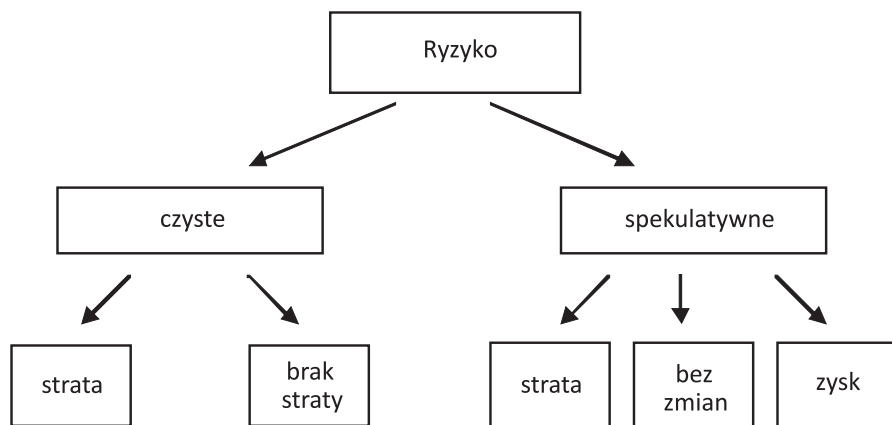
⁸ J. Kisielnicki, *Zarządzanie*, Warszawa 2008, s. 63.

⁹ J. Zieleniewski, *Organizacja i zarządzanie*, Warszawa 1981, s. 484.

¹⁰ J.A.F. Stoner, R.E. Freeman, D.R. Gilbert, *Kierowanie*, Warszawa 2001, s. 247.

¹¹ O. Lange, *Optymalne decyzje*, Warszawa 1964, s. 197.

przed stratą, czy dążenie do osiągnięcia korzyści. Ryzyko czyste obejmuje możliwość wystąpienia dwóch stanów będących konsekwencjami decyzji. Straty w przypadku zajścia zdarzenia niepewnego objętego ryzykiem oraz braku straty w przypadku niepojawienia się tego zdarzenia. Warto podkreślić, że brak straty występuje tu jako konsekwencja pozytywna. Jednak o braku straty można mówić zarówno wówczas, gdy utrzymany zostaje stan dotychczasowy, jak i wtedy, gdy pojawił się zysk. Ten ostatni skutek nie jest wyodrębniany na gruncie ryzyka czystego. Analiza w tym przypadku jest zatem „spłaszczona”, bowiem nie odnosi się do wszystkich możliwych konsekwencji związanych z działaniem ryzykownym, a decyzja uwzględniająca ryzyko ma charakter zachowawczy, bowiem ma na celu przede wszystkim uniknięcie straty.



Rys. 1. Rodzaje ryzyka ze względu na skutki.

Źródło: G. Calvert, *High wire Management. Risk Taking. Tactics for Leaders. Innovators and Trailbasers*, San Francisco 1993, s. 7.

Ryzyko czyste, zwane też statycznym, sytuuje się poza sferą oddziaływania podmiotu podejmującego decyzję na rynku. Jest od niego niezależne i z reguły jest wynikiem zdarzeń losowych. Ma jednak znaczenie w obrocie gospodarczym z uwagi na to, że może być przedmiotem umowy ubezpieczenia. Ponadto spowodowanie takiego zdarzenia, a więc „usunięcie” jego losowości, stanowić może przestępstwo oszustwa asekuracyjnego (art. 298 k.k.).

Zdecydowanie istotniejsze z punktu widzenia możliwości pełnego opisu skutków decyzji podejmowanych w warunkach ryzyka jest zastosowanie

konstrukcji ryzyka spekulatywnego. W jego obrębie pojawiają się trzy możliwe skutki. Strata jako konsekwencja zrealizowania ryzyka (pojawienia się zdarzenia niepewnego objętego ryzykiem). Brak zysku i brak straty będący skutkiem niezrealizowania ryzyka. Trzecim możliwym skutkiem jest zysk, również będący następstwem niezrealizowania ryzyka, przy jednoczesnym wystąpieniu korzystnych dla podejmującego decyzję zmiennych określających sytuację na rynku. Warto podnieść, że w przeciwieństwie do ryzyka czystego stanowiącego zagrożenie dla przedsiębiorstwa, ryzyko spekulatywne ma charakter pro aktywny, uwzględnia bowiem możliwość uzyskania korzyści. Podejmujący decyzję antycypuje osiągnięcie sukcesu, przy czym sukcesem tym może być w dłuższej perspektywie rozwój przedsiębiorstwa. Stanowi to zatem premię za podjęte aktywne zachowanie na rynku¹². Ryzyko w takim ujęciu jest ściśle związane z innowacyjnością rozumianą jako poszukiwanie możliwie najlepszych sposobów rozwoju przedsiębiorstwa. Właśnie taki rodzaj ryzyka z reguły towarzyszy decyzjom podejmowanym w obrocie gospodarczym. Zwraca na to uwagę Marek Bojarski podkreślając, że przy ryzyku prawdopodobieństwo szkody może łączyć się z prawdopodobieństwem osiągnięcia zmiany społecznie korzystnej¹³.

Oceniając ryzyko, z jakim wiąże się określona decyzja, uwzględnić należy społecznie aprobowany jego stopień, czyli dopuszczalny w danej działalności poziom ryzyka. Stanowi on odniesienie dla oceny konkretnego zachowania. Ocena ta oparta jest na odwołaniu do kulturowego profilu ryzyka. Tworzą go „reguły kulturowe traktujące ryzyko jako wartość (lub przeciwnie) i zalecające (lub zakazujące) podejmowanie ryzyka w określonych dziedzinach”¹⁴. Nie ulega wątpliwości, że istotnym elementem kulturowego profilu ryzyka jest uznany za dopuszczalny w obrocie stopień ryzyka w danego rodzaju przedsięwzięciach. Wyznaczają go normy i wartości obowiązujące w obrocie zgodne z ekonomicznymi celami działalności gospodarczej. Efektywność ekonomiczna stanowi wartość, dla realizacji której podjęcie ryzyka może być uzasadnione. Reguły prowadzenia działalności tworzą normatywne ograniczenia swobody w zakresie podejmowania ryzyka. Jednym z komponentów kulturowego profilu ryzyka jest kontratyp ryzyka gospodarczego, wyznaczający granice dozwolonego ryzyka w tej dziedzinie, których przekroczenie grozi odpowiedzialnością

¹² P. B u ł a, *Zarządzanie ryzykiem w jednostkach gospodarczych. Aspekt uniwersalistyczny*, Kraków 2003, s. 43.

¹³ M. B o j a r s k i, *Dozwolone ryzyko gospodarcze w polskim prawie karnym*, Wrocław 1977, s. 17.

¹⁴ P. S z t o m p k a, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 101.

karną. Aktualnie występuje on jako kontratyp pozaustawowy, który mieści się w zakresie kontratypu dozwolonego ryzyka dnia codziennego. Może też występować jako kontratyp ustawowy (art. 27 k.k.), gdy dotyczy eksperymentu gospodarczego. Rola kontratypu ustawowego jest jednak w praktyce niewielka, bowiem jedynie wyjątkowo w obrocie (czyli na płaszczyźnie mikroekonomicznej) dochodzi do działań mających charakter eksperymentu ekonomicznego¹⁵. Sytuacja taka może natomiast mieć miejsce na płaszczyźnie makroekonomicznej, jednak wówczas decyzje mają charakter nie tyle ekonomiczny, co polityczny. Na trudności z wyrażeniem w języku prawnym omawianego kontratypu zwracano uwagę wielokrotnie, co znalazło wyraz w rezygnacji z jego umieszczenia w Kodeksie karnym¹⁶. Nie oznacza to jednak, że kontratyp ryzyka gospodarczego nie ma znaczenia dla wyznaczania granic ryzyka w obrocie. Wyznaczenie tych granic nie jest jednak łatwe, o czym świadczą próby zdefiniowania omawianego kontratypu. Według jednej z propozycji: „nie popełnia przestępstwa, kto podejmuje działania gospodarcze o niepewnym wyniku, jeżeli są one zgodne z obowiązującymi normami określającymi to ryzyko oraz gdy prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści jest większe niż poniesienie strat, przyjęty sposób działania odpowiada jego celowi gospodarczemu, zaś cel odpowiada charakterowi przedsięwzięcia, a zaakceptowana niepewność nie jest największa z możliwych i nie przekracza istotnie przeciętnego poziomu ryzyka dla tego typu działań”¹⁷. Ustalenie zakresu tak zdefiniowanego kontratypu jest niezwykle trudne m.in. z powodu oderwania określeń znanych na gruncie ekonomicznej teorii ryzyka, od znaczeń tam przyjętych. Dotyczy to choćby użycia w podanym kontekście określeń „niepewność” i „ryzyko”. Jest to o tyle istotne, że kontratyp ten jest adresowany przede wszystkim do osób postrzegających ryzyko w kategoriach ekonomicznych, a nie prawnych, co wynika z charakteru prowadzonej działalności.

Problematyka ryzyka jako elementu obrotu gospodarczego winna być również uwzględniona w odniesieniu do etiologii zachowań naruszających zasady obrotu gospodarczego.

Zachowania ryzykowne w obrocie mają bowiem związek z indywidualnym profilem ryzyka, którym jest „osobowościowa skłonność do podej-

¹⁵ O. G ó r n i o k, *Odpowiedzialność karna menedżerów a ryzyko w ich działalności*, PUG 2002, z. 2, s. 3.

¹⁶ O. G ó r n i o k, *Odpowiedzialność karna menadżerów*, Toruń 2004, s. 38.

¹⁷ R. Z a w ł o c k i, *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004, s. 415.

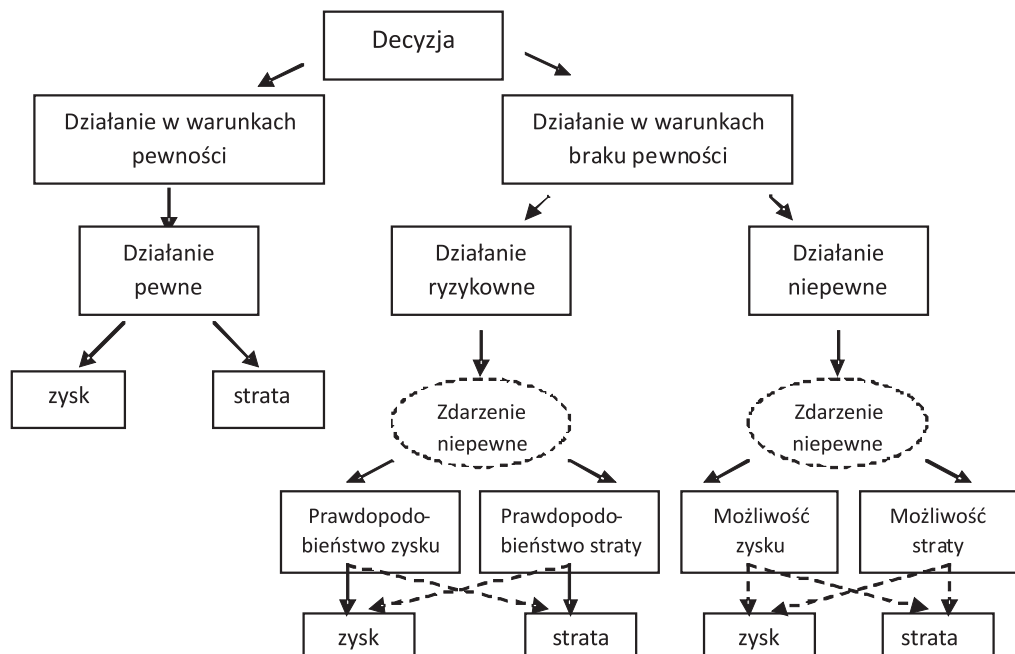
mowania lub unikania ryzyka albo do podejmowania czy unikania ryzyka w określonej dziedzinie”¹⁸. Jest to zatem cecha, która może znajdować wyraz w postawie jednostki wobec podejmowania zachowań ryzykownych. Może to być postawa awersyjna, neutralna, bądź afirmatywna wobec ryzyka. Tak więc indywidualny profil ryzyka może znaleźć wyraz w zachowaniu jednostki, ocenianym w oparciu o kulturowy profil ryzyka. Indywidualny profil ryzyka, wyrażający się skłonnością do zachowań ryzykownych może podlegać zmianom. Dane uzyskane w wyniku badań empirycznych dotyczących tego zagadnienia ukazują, iż skłonność do podejmowania ryzyka zmienia się w zależności od rodzaju aktywności podmiotu. Osoby charakteryzujące się wysoką pozycją na skali sukcesu zawodowego (wyznaczonego stanem posiadania, wysokimi dochodami, zajmujące wysokie pozycje w strukturach organów zarządzających firm) z reguły mają wysoką skłonność do podejmowania znacznego ryzyka dotyczącego własnych inwestycji, przy czym deklarują wysoką skłonność do podejmowania tego rodzaju ryzyka. Nie jest to jednak równoważne skłonności do podejmowania ryzyka w działalności zawodowej, zwłaszcza w zakresie zarządzania dużymi korporacjami¹⁹.

Z kryminologicznego punktu widzenia znaczenie ma nie tyle ryzyko, co bardziej ogólna kategoria braku pewności. Obejmuje ona bowiem ryzyko jako stan charakteryzujący się określonym prawdopodobieństwem wystąpienia skutków decyzji oraz niepewność, czyli sytuację braku przewidywalności skutków decyzji. Zatem brak pewności odnosi się do ogółu sytuacji, w których dokładne określenie skutków decyzji nie jest możliwe. Właśnie w takich warunkach podejmowana jest zdecydowana większość decyzji na rynku. Pewność występuje stosunkowo rzadko z powodu obiektywnej dynamiki w obrębie elementów tworzących rynek, zwłaszcza tych, które mają charakter ekonomiczny²⁰. Dotyczy ona niemal wyłącznie zdarzeń mających miejsce w danej chwili przy pełnej znajomości parametrów wymiany. Istotą obrotu jest natomiast to, że parametry owe nie są w pełni znane albo też wymiana odbywa się w pewnym okresie, przy czym jego zakończenie jest odległe, a wynik końcowy niepewny. Można to wyrazić za pomocą paradygmatu decyzji gospodarczych (rys. 2).

¹⁸ P. S z t o m p k a, *op. cit.*, s. 101.

¹⁹ *Psychologia*, t. 3: *Jednostka w społeczeństwie i elementy psychologii stosowanej*, red. J. Strelau, Gdańsk 2000, s. 361.

²⁰ L. K o r z e n i o w s k i, *Menedżment. Podstawy zarządzania*, Kraków 2005, s. 157.



Rys. 2. Paradygmat decyzji gospodarczych w warunkach pewności oraz braku pewności*.

* W schemacie pominięto kategorię „bez zmian”, występującą jako skutek poszczególnych rodzajów działania.

Źródło: Opracowanie własne.

Podmiot podejmujący decyzję autonomicznie wybiera rodzaj zachowania. Może to być zachowanie w obszarze pewności albo braku pewności. Zachowanie w obszarze pewności prowadzi do rezultatu pewnego — zysku lub straty. Działanie w obszarze braku pewności może występować jako działanie ryzykowne albo działanie niepewne. Działanie ryzykowne może prowadzić do zysku i opiera się na prawdopodobieństwie jego osiągnięcia, albo do straty i opiera się na prawdopodobieństwie jej wystąpienia. Prawdopodobieństwo to zawsze jest wyższe od 0, lecz niższe od 1. Dlatego też mimo możliwości określenia prawdopodobieństwa zysku lub straty nie jest wykluczone pojawienie się skutku przeciwnego (lub neutralnego w postaci braku zmiany). Inaczej rzecz się ma w przypadku niepewności, bowiem wówczas decyzja podmiotu może prowadzić do straty albo zysku (ewentualnie braku zmiany), przy czym odsetek przypadków, w których określone rezultaty wystąpią nie jest możliwy do określenia. Skutki te zatem pozo-

stają w sferze możliwości, nie zaś szacowanego lub obliczonego prawdopodobieństwa. Rezultatów działania w warunkach niepewności nie można przewidzieć. Różnica zatem jest zasadnicza, jednocześnie wspólną cechą działania w obszarze ryzyka oraz niepewności jest wystąpienie zdarzenia pozostającego poza kontrolą jednostki, mającego wpływ na ostateczny rezultat działania, przy czym jego wystąpienie jest niepewne²¹.

Niepewność w większym stopniu niż ryzyko związana jest z deficytem informacji na temat przyszłych zdarzeń i polega na nieprzewidywalności występującej w chwili podejmowania decyzji. Jej istotą jest różnica między informacjami posiadanymi a niezbędnymi do podjęcia racjonalnej decyzji²². Trudno tu zatem spełnić wymóg podjęcia racjonalnej decyzji, bowiem nie ma możliwości określenia prawdopodobieństwa zysku lub straty. Jedyną miarą służącą takiej ocenie może być skonstruowany optymalny model decyzji w warunkach niepewności, który czyniąc zadość wymaganiom formalnym oraz utrwalonej w obrocie praktyce stanowić może odniesienie dla takiej oceny. Ocenie podlega jednak wówczas zgodność z takim modelem, a nie racjonalność decyzji²³.

W przypadku ryzyka racjonalna decyzja może być podjęta, ponieważ możliwe jest określenie prawdopodobieństwa niepowodzenia działania. Zatem większe zagrożenie podjęciem błędnej decyzji występuje co do niepewności niż ryzyka. Warto przy tym podkreślić, że w obrocie gospodarczym decyzje podejmowane są przede wszystkim w sytuacji niepewności, zwłaszcza wówczas, gdy mają charakter strategiczny²⁴. Oceniając decyzję należy mieć też na uwadze, iż stopień ryzyka zmienia się wraz ze zmianami sytuacji, w której znajduje się podmiot uczestniczący w obrocie. Wysokie prawdopodobieństwo spowodowania szkody występujące w chwili podejmowania decyzji może zostać obniżone w czasie jej wykonywania, albo wręcz w jego miejsce pojawi się znaczne prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści. Może to nastąpić w wyniku zachowania podmiotu podejmującego decyzję lub na skutek okoliczności od niego niezależnych (zachowania innych osób, zmiany sytuacji rynkowej itp.).

W świetle przedstawionych uwag, ryzyko w obrocie gospodarczym (nie jako kontratyp, lecz cecha sytuacji, w której działa sprawca), to stan wy-

²¹ P. Buła, *op. cit.*, s. 25.

²² *Zarządzanie. Teoria i praktyka*, red. A. Koźmiński, Warszawa 1995, s. 587.

²³ Np. procedura powołania członka zarządu spółki akcyjnej przez radę nadzorczą. Decyzja taka w pełni będzie mogła być oceniona po okresie wykonywania tej funkcji przez powołanego.

²⁴ J. Kisielnicki, *op. cit.*, s. 63.

stępujący w chwili podejmowania lub realizacji podjętej decyzji związanej z działalnością gospodarczą, którego cechą jest brak pewności co do osiągnięcia, względnie nieosiągnięcia, antycypowanego przez podejmującego decyzję celu związanego z uczestnictwem w obrocie gospodarczym, niezależnie od tego, czy jest możliwe określenie prawdopodobieństwa wystąpienia tych skutków przy danych parametrach rynku (uczestnikach, warunkach działalności gospodarczej, normach regulujących obrót).

Interesujące z tego punktu widzenia może być odwołanie się do psychologicznej teorii decyzji. Zgodnie z nią, decyzja zorientowana na osiągnięcie korzyści jest funkcją wielkości wygranej oraz wielkości ryzyka. Skłonność do podejmowania decyzji ryzykownych jest tym większa, im większa jest możliwa do osiągnięcia korzyść i im mniejsza jest wielkość ryzyka związanego z podjętą decyzją²⁵. Na gruncie tej zależności przyjmuje się, że wielkość korzyści jest dana lub można ją oszacować. Natomiast ocena wielkości ryzyka jest bardziej złożona i odnosi się do zmiennych będących negatywnymi determinantami decyzji, do których należy subiektywnie wyznaczane prawdopodobieństwo porażki oraz subiektywnie postrzegana wielkość porażki. Relacje między tymi zmiennymi przedstawione są na rys. 3. Jest to szczególnie interesujące w związku z tym, że zdecydowana większość osób podejmujących decyzje gospodarcze w przedsiębiorstwach definiuje ryzyko w kategorii wielkości strat. Wielkość ryzyka utożsamiana jest przez te osoby z wielkością straty finansowej, z pominięciem kategorii prawdopodobieństwa wystąpienia tego skutku²⁶.

Istotną trudność w ocenie ryzyka podejmowanego przez podmiot stanowi to, iż może ona być formułowana jedynie w oparciu o prawdopodobieństwo subiektywne. Opiera się ono na zmiennych sytuacyjnych dostępnych poznaniu jednostki, a więc często nieodzwierciedlających sytuacji, w której znajduje się podmiot. Ocena ta może być adekwatna do rzeczywistej wielkości ryzyka, lub być z nią rozbieżna. Szczególne znaczenie ma rozbieżność, bowiem w takim przypadku decyzja podejmowana jest w oparciu o błędne przesłanki dotyczące warunków występujących w obrocie w chwili jej podejmowania, zatem może prowadzić do negatywnych konsekwencji podjętej decyzji. Dochodzi do tego wówczas, gdy wysokiej możliwej stracie odpowiada niskie prawdopodobieństwo jej wystąpienia, albo niskiej stracie odpowiada wysokie prawdopodobieństwo jej pojawienia się. Adekwatna

²⁵ J. K o z i e l e c k i, *Psychologiczna teoria decyzji*, Warszawa 1975, s. 170.

²⁶ T. Z a l e ś k i e w i c z, *Przyjemność czy konieczność. Psychologia spostrzegania i podejmowania ryzyka*, Gdańsk 2005, s. 151 i n.

ocena ryzyka w stosunku do oczekiwanej straty ma natomiast miejsce wtedy, gdy wysokość straty oraz jej prawdopodobieństwo są jednocześnie wysokie lub jednocześnie niskie.

		Wielkość straty	
		niska	wysoka
Prawdopodobieństwo straty	niskie	adekwatna	niedocenie ryzyka
	wysokie	przecenie ryzyka	adekwatna

Rys. 3. Ocena wielkości ryzyka.

Źródło: J. Koziński, *Psychologiczna teoria decyzji*, Warszawa 1975.

Należy podkreślić, że w ocenie ryzyka większa waga przywiązywana jest do prawdopodobieństwa straty niż do jej wielkości²⁷. Szczególnie istotne z punktu widzenia konsekwencji podjęcia błędnej decyzji spowodowanej niewłaściwą oceną ryzyka jest jego niedocenie, bowiem w takiej sytuacji podmiot naraża się na stratę z powodu przypisania zbyt dużej wagi niskiemu prawdopodobieństwu jej wystąpienia. Warto podkreślić, że strata, która często jest konsekwencją błędnej decyzji, może skutkować naruszeniem normy prawa karnego (np. art. 296 k.k., art. 585 k.s.h.). Natomiast w razie przecenienia ryzyka i powstrzymania się od decyzji, zagrożenie spowodowania strat związanych z podjęciem zbyt ryzykownego działania nie powstaje. Jednak również i w tym przypadku negatywne konsekwencje z reguły się pojawiają. Mogą one mieć postać kosztów związanych z zabezpieczeniem się przed ryzykiem wyższym niż faktycznie występujące, np. poprzez obiektywnie zbędne ubezpieczenie. Równie istotnym negatywnym skutkiem jest nieosiągnięcie możliwych zysków w wyniku zaniechania aktywności poprzez niepodjęcie decyzji obciążonej zdaniem podmiotu zbyt dużym ryzykiem²⁸. Zatem dążenie do uniknięcia ryzyka przez zaniechanie podjęcia decyzji wzmacniane jest dążeniem do ograniczenia ryzyka odpowiedzialności karnej, które jawi się jako szczególnie dolegliwy koszt decyzji, bo ponoszony osobiście przez podmiot. Unikanie ryzyka straty może prowadzić do tego, że

²⁷ J. Koziński, *op. cit.*, s. 173.

²⁸ Znamienny z tego punktu widzenia pogląd wyraził w okresie funkcjonowania gospodarki socjalistycznej H. Popławski, wg którego „przedsiębiorcę kapitalistycznego do podjęcia ryzyka w imię postępu zmusza chęć osiągnięcia zysku, nasz zaś [socjalistyczny — przyp. W.D.] przedsiębiorca unika postępu w obawie przed ryzykiem odpowiedzialności w razie nieudanego przedsięwzięcia”. H. P o p ł a w s k i, *Zagadnienie ryzyka z punktu widzenia odpowiedzialności karnej*, „Palestra” 1968, z. 2, s. 56.

przedsiębiorca ponosić będzie „największe i najmniej uzasadnione ryzyko ze wszystkich możliwych: ryzyko beczynności”²⁹. Tego rodzaju kunktatorstwo stosunkowo rzadko powoduje odpowiedzialność karną. Powodem są trudności dowodowe, bowiem szkoda ma w tym przypadku z reguły postać utraconych korzyści, co utrudnia przypisanie odpowiedzialności³⁰. Paradoksalnie jednak takie zaniechania są skutecznie weryfikowane przez rynek i prowadzą do porażki na płaszczyźnie ekonomicznej.

W działalności gospodarczej wyróżnić można szereg obszarów, w których występuje brak pewności. Do najistotniejszych należy obszar:

- transakcji (obejmujący podmiot i przedmiot wymiany),
- systemu kontroli (dotyczący funkcjonowania organów sformalizowanej kontroli społecznej),
- systemu regulacji (związany z obowiązującym w obrocie systemem normatywnym),
- systemu gospodarczego (odnoszący się do sytuacji makroekonomicznej i jej cyklicznych zmian).

Spośród wymienionych obszarów, w polu zainteresowania z reguły w największym stopniu pozostaje obszar transakcji. Dotyczy to głównie zachowań partnerów wymiany. Elementy tworzące sytuację braku pewności są z reguły identyfikowane przez kontrahentów. Jednak ocena prawdopodobieństwa niekorzystnego wyniku wymiany może być znacznie utrudniona z powodu wprowadzenia w błąd lub wykorzystania błędu przez uczestnika wymiany. Wydawać by się mogło, że zmniejszyć tego rodzaju zagrożenie mogą bezpośrednie interakcje między kontrahentami. Ograniczając anonimowość kontrahentów zmniejsza się sferę braku pewności. W związku z tym podkreślić należy, że cechą współczesnego obrotu jest postępujące ograniczanie bezpośredniości interakcji. Sprzyja temu dążenie do zwiększenia efektywności obrotu poprzez wykorzystanie nowych form prowadzenia działalności gospodarczej, takich m.in. jak tzw. e-biznes. Używanie sieci internetowej do zawierania transakcji nie pozbawia jednak stron możliwości określenia wiarygodności kontrahenta. Sprzyjają temu akceptowane na tym rynku zasady informowania na temat uczestników rynku, takie jak komentarze dotyczące konkretnego uczestnika rynku oferującego dany towar lub usługę, a także wymiana informacji odbywająca się w szczególności poprzez fora dyskusyjne.

²⁹ P. F. D r u c k e r, *Skuteczne zarządzanie*, Warszawa 1976, s. 293.

³⁰ J. D u ż y, „Szkoda” jako znamień przestępstwa z art. 585 kodeksu spółek handlowych (uwagi w kontekście odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę spółek kapitałowych), „Prokuratura i Prawo” 2001, z. 4, s. 93.

Pozostałe obszary braku pewności są równie istotne, przy czym ich waga wykracza poza relacje między kontrahentami. Dotyczy bowiem funkcjonowania organów państwa. Ocena ryzyka w tym przypadku może być zaburzona nie tyle w wyniku oszukańczych praktyk, co na skutek inicjowania działań motywowanych względami politycznymi lub wykorzystania instytucji państwa w nieuczciwej walce konkurencyjnej. Polegać to może np. na podejmowaniu i uporczywym prowadzeniu bezpodstawnych kontroli u niektórych przedsiębiorców, przez co dochodzi do utrudnień w działalność przedsiębiorstwa.

Znamienne jest, że gdy w przypadku obszaru transakcji oraz systemu gospodarczego brak pewności jest nieodłączną cechą wymiany, tak w odniesieniu do systemu regulacji zasadą powinna być pewność w zakresie tworzenia oraz stosowania prawa. Dotyczy to także reguł funkcjonowania systemu kontroli. Brak pewności w obrębie którejkolwiek z wymienionych płaszczyzn prowadzić może do zmniejszenia aktywności gospodarczej albo dążenia do ograniczenia obszaru niepewności poprzez niezgodne z prawem uzyskiwanie od organów państwa informacji na temat działań prawodawczych lub kontrolnych.

Komponentem każdego z wyróżnionych rodzajów ryzyka jest ryzyko nadużycia zaufania. Ryzyko to dotyczy przekonania, że niepewne przyszłe zachowania innych ludzi lub funkcjonowanie instytucji będzie dla podmiotu wyrażającego to przekonanie korzystne³¹. Wyraża się ono prawdopodobieństwem niespełnienia oczekiwań podmiotu wyrażonych w akcie zaufania³². Tak więc ryzyko i zaufanie występują obok siebie. Dzięki temu ryzyko może być „neutralizowane” przez akt zaufania, pozwalający podjąć decyzję mimo braku pewności, co do jej skutków. Nieuzasadnione byłoby jednak twierdzenie, że zaufanie ogranicza ryzyko w obrębie wymiany. Przeciwnie, bezpodstawne obdarzenie zaufaniem zwiększa zagrożenie pokrzywdzenia oszustwem. Zaufanie bowiem prowadzi do osłabienia postrzegania ryzyka. Nie ulega jednak wątpliwości, że ryzyko związane z zaufaniem jest rekompensowane przez korzyści związane ze zintensyfikowaniem wymiany.

Poszczególne rodzaje ryzyka współwystępują ze sobą, przy czym charakterystyczne jest, że wykazują one zmienność przede wszystkim w zależności od fazy cyklu koniunkturalnego. W okresie wzrostu ryzyko częściej związane jest z niedostateczną weryfikacją przedmiotu transakcji oraz kontrahenta. W czasie recesji wiąże się z zagrożeniem upadłością kontrahentów.

³¹ *Ibid.*, s. 98.

³² P. Szto m p k a, *op. cit.*, s. 85.

Wzrost gospodarczy wyzwala optymizm, przejawiający się zaufaniem do kontrahenta, co skutkuje osłabieniem mechanizmów weryfikujących działalność uczestników rynku. Dodatkowo są one marginalizowane z powodu dostępności środków na prowadzenie działalności gospodarczej (pozwalających ograniczyć ewentualne straty). W okresie spowolnienia wzrostu gospodarczego szczególnego znaczenia nabiera ryzyko zaniechania aktywności, związane z drastycznie rosnącą nieufnością do kontrahentów. Tak więc ryzyko jest trwałym elementem obrotu, zmienia się tylko jego rodzaj oraz wielkość.

Przeciwdziałanie przestępstwom gospodarczym powinno dotyczyć nie tyle ograniczania obszaru ryzyka, co niepewności. Wówczas sytuacja, w której decyzja jest podejmowana stwarza większą możliwość antycypacji jej skutków. Z drugiej strony ułatwia ocenę zasadności jej podjęcia zarówno na płaszczyźnie ekonomicznej, jak i prawnej. Należy jednak uwzględnić, że ocena ta dokonywana jest z reguły po pewnym okresie od podjęcia decyzji, co powoduje, że dochodzi do niej wówczas, gdy zdarzenia nieznane lub niepewne w chwili podejmowania decyzji, w szczególności jej skutki są znane. Tym samym oceniane jest ryzyko w sytuacji pewności co do następstw okoliczności towarzyszących jej wydaniu oraz przebiegu jej realizacji. Jest to oczywiście cecha każdej następcej analizy określonego procesu. Należy jednak pamiętać, by oceniając podmiot podejmujący decyzję w obrocie gospodarczym, uwzględniać wszystkie okoliczności występujące w chwili jej podejmowania. W przeciwnym wypadku szczególnego znaczenia nabiera niebagatelne ryzyko, jakim jest ryzyko odpowiedzialności karnej. Może ono sprzyjać postawie zachowawczej i paraliżować aktywność na rynku w obawie przed niepowodzeniem skutkującym odpowiedzialnością karną.